

Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann

Jesús Ignacio Martínez García
Catedrático de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria

Fecha de aceptación: 25/11/2010 | De publicación: 01/12/2010

Resumen

La sociología del riesgo es una de las derivaciones más importantes de la teoría de sistemas de Luhmann. Riesgo no es una realidad sino un esquema de observación característico de nuestro tiempo. El concepto de riesgo es siempre parte de una dicotomía y Luhmann analiza dos posibilidades: riesgo-seguridad, riesgo-peligro. Esta última distinción es la que permite una gestión del riesgo capaz de asignar responsabilidades mediante el manejo de la noción de imputación. Hay una tendencia muy significativa a transformar peligros en riesgos. Los sistemas generan y trabajan con riesgos, que distribuyen y transforman. Aquí se analizan algunos de los riesgos del sistema jurídico. Los riesgos pasan de unos sistemas a otros. Un circuito especialmente importante es el que va de la política al derecho y desemboca en el sistema económico. Todos los sistemas experimentan dificultades en el tratamiento de sus riesgos. En una sociedad policéntrica no se puede contar con una gestión global de los riesgos. Los riesgos estimulan además una dinámica autopoietica, generadora de nuevos riesgos

Palabras clave

Riesgo, Seguridad, Peligro, Imputación

Abstract

The sociology of risk is one of the most important developments of Luhmann's theory of systems. Risk is not a reality but an observing schema, characteristic of our world. The concept of risk is always part of a dichotomy. Luhmann analyses two possibilities: risk-security, risk-danger. This later distinction makes possible a risk management, with capacity to assign responsibilities through the notion of attribution. It is today a very significant tendency to transform dangers into risks. Risks are produced, distributed and modified by systems. It will be presented here some risks of the legal system. Risks are going from one system to another. Very important is the circuit that goes from politics to the law, and finally reaches the economic system. All the systems have some difficulties about processing our risks. In a polycentric society we cannot expect a global risk management. The risk stimulates also an autopoietic dynamic that generates new risks..

SUMARIO: 1.- La invención del riesgo. 2.- Riesgo y seguridad. 3.- Riesgo y peligro. 4.- La atribución a decisiones. 5.- El riesgo de los sistemas. 6.- La transmisión de riesgos. 7.- La descripción del futuro. 8.- El derecho en riesgo.

Experimentamos que nuestra supuesta normalidad es precaria. Siempre está expuesta a algo que la amenaza: en la rutina cotidiana surge la decepción e irrumpe la sorpresa; en el orden se agita el desorden y se puede llegar al caos; todo equilibrio puede padecer turbulencias; en lo que consideramos racional no deja de acosar lo irracional; por mucho que hagamos previsiones ocurre lo imprevisto.

No podemos pensar lo normal sin lo divergente. Y la diferencia entre lo normal y lo divergente siempre está activa. Tan activa que llegamos a preguntarnos “en qué sentido lo normal sigue siendo normal”, en una normalidad tantas veces incontrolable y propensa a anomalías, discontinuidades e irregularidades¹. Todo esto apunta al riesgo,

que, en una primera aproximación, es “todo aquello que puede salir mal”². Siempre hay

Mansilla, Barcelona, Anthropos, 1996, obra publicada en 1968, la confianza se considera como “una inversión arriesgada” (p. 39) y se relaciona con “la aceptación del riesgo” (p. 124). Cfr. también pp. 101 y 120. El trabajo pionero “Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft”, publicado originariamente en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, 1970, pp. 175 y ss., y recogido luego en *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, por donde se cita, aborda los riesgos que implica la formación de estructuras de expectativas sobre el comportamiento de los otros (p. 115) y los “grandes riesgos” conectados con la positivación del derecho (cfr. pp. 143 y ss.). En *Rechtssoziologie*, 3ª edic., Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987, que apareció en 1972, plantea que la contingencia del mundo implica asumir riesgos (p. 31), y el paso a la “doble contingencia” conlleva una “potenciación del riesgo” (p. 32). Dedicar un epígrafe a los riesgos de la positivación del derecho (cfr. pp. 251 y ss) y señala el papel del derecho en la estabilización y absorción de los riesgos de estructuras sociales que constituyen logros evolutivos improbables (cfr. pp. 299 y 300). En *Poder*, trad. L. M. Talbot y D. Rodríguez Mansilla, Barcelona, Anthropos, 1995, publicado en 1975, se detiene en los riesgos del poder (Cap. VII, pp. 115 y ss.). Sin embargo estas cuestiones no son tan explícitas en la obra central *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, Barcelona, Anthropos, 1998, original alemán de 1984, aunque se advierte que “contingencia significa riesgo” (p. 48), que la formación de estructuras “exige la aceptación del riesgo” (p. 178) y que el proceso de diferenciación presenta “alto riesgo” (p. 279). Un nuevo impulso, con nuevos enfoques, llegará en textos posteriores como *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1988, que maneja ya la distinción riesgo-peligro. Los medios de comunicación (entre ellos el dinero) no alejan de los peligros sino que los transforman en riesgos (cfr. p. 268). Todo ello cobrará un amplio desarrollo en “Risiko und Gefahr”, en *Soziologische Aufklärung 5: Konstruktivistische Perspektiven*, 2ª edic., Opladen, Westdeutscher Verlag, 1993, pp. 131 y ss. y *La ciencia de la sociedad*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana, 1996. Enseguida se ve que no es un tema más, sino que lo atraviesa todo y potencia la teoría general de los sistemas. Desde la perspectiva del riesgo se podría presentar toda la teoría de Luhmann y dotarla de rasgos muy incisivos.

² ID.; *La sociedad de la sociedad*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Herder, 2007, p. 866.

¹ LUHMANN, N.; *Sociología del riesgo*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana y Universidad de Guadalajara, 1992, p. 36. Es la obra de Luhmann más difundida en español: ya ha aparecido la tercera edición (México, Universidad Iberoamericana, 2006). De los capítulos 1 y 2 hay también traducción española en GIDDENS, A.; BAUMAN, Z.; LUHMANN, N.; BECK, U.; *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, compilación de J. Beriain, trad. C. Sánchez Capdequí y J. Beriain, Barcelona, Anthropos, 1996, pp. 123 y ss. El original *Soziologie des Risikos* se publicó en 1991 (Berlín, Walter de Gruyter). Esta es una temática que aparece tempranamente en el pensamiento de Luhmann. En *Confianza*, trad. A. Flores y D. Rodríguez

riesgo y “no existe ninguna conducta libre de riesgo”³.

Pero el pensamiento del riesgo es difícil y extraño. Forma parte de “esa audacia de orientarse por lo inexistente”, por el futuro, por lo hipotético, por eventualidades y contingencias. No siempre ha sido posible ni se ha manifestado con la fuerza de nuestro tiempo. Ahora nos orientamos con frecuencia por los riesgos. Y “con el concepto de riesgo ya está a la vista la pregunta por su control, o por lo menos la pregunta por el manejo relativamente racional de los riesgos”, asunto –como se verá– “altamente contagioso” de riesgo e invasivo, pues “la selección de las formas de manejo de los riesgos” siempre “es arriesgada”⁴.

1.- La invención del riesgo

¿Cómo caracterizar el riesgo? El riesgo es ante todo un modo de hablar (y por tanto de pensar), es un lenguaje ¿Cómo y cuándo hemos inventado este lenguaje? ¿Para qué? ¿Está todavía el riesgo en cierta forma por inventar? ¿Qué riesgos corremos al hablar de riesgo? Ya es un buen punto de partida que declaremos que *el riesgo es una invención*, para escándalo de quienes todavía creen que es una realidad. Y, dicho tautológicamente, en perspectiva sociológica riesgo es lo que la sociedad considera como riesgo. Pero vamos a intentar destautologizar, en diálogo con Luhmann.

Habrá que comenzar preguntándose “por qué los riesgos son sobre todo un problema” y “por qué el problema es problemático”⁵. Los problemas no vienen simplemente dados; siempre hay que construirlos e insertarlos en una red conceptual. Hay múltiples situaciones nocivas y difíciles que no llegan a configurarse como problemas, y cuando lo hacen hay distintas formas de caracterizarlos y plantearlos.

Por ejemplo, no es lo mismo ver la enfermedad como un riesgo (y además provocada por prácticas de riesgo), como una prueba o castigo divino, o como resultado de prácticas mágicas. La enfermedad era siempre un problema personal o familiar, pero no tenía dimensión jurídica: no había un derecho a la salud. Por poner otro ejemplo, durante mucho tiempo la pobreza constituía más un problema personal que social, que se formulaba y afrontaba con la semántica de la caridad o de la beneficencia. Más tarde se convirtió en problema político. No ha sido un problema jurídico y se ha formulado en términos de derechos y deberes hasta el Estado social. A lo largo de la historia la pobreza se ha visto como una fatalidad, como un designio divino, como consecuencia lógica de ciertos comportamientos, como efecto del desarrollo de las relaciones de producción, pero no precisamente como riesgo. Tampoco se ha percibido siempre que con la pobreza la sociedad corra riesgos. Un ejemplo más: hasta no hace mucho las cuestiones medioambientales no han adquirido el rango de problemas, aunque desde la industrialización ha habido grandes desastres y acciones contaminantes. Hoy son problemas políticos que ningún partido puede dejar de incluir en su programa, y

³ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 72.

⁴ ID.; *La ciencia de la sociedad*, cit., pp. 479 y 482.

⁵ ID.; “Risiko und Gefahr”, cit., p. 132.

además se formulan en el lenguaje del riesgo⁶.

Riesgo no es tanto un hecho como un instrumento de análisis, un *modo de observar* ciertos hechos. El *concepto* de riesgo “no caracteriza ningún hecho que exista con independencia de si es observado y de quién sea el observador”⁷. Implica toda una teoría de la observación. Y –en torsión típica de Luhmann– supone asumir el “riesgo de la observación”, de una observación que parte de un punto ciego que la constituye⁸. Riesgo es un término forjado para observar y afrontar la incertidumbre de un daño. Y siempre que hablamos de riesgo nos encontramos con riesgo elevado a una potencia, con una especie de riesgo del riesgo o riesgo al cuadrado. Hablar de riesgo es arriesgado.

Esta semántica tiene una historia. No se comienza a hablar de riesgo hasta el tránsito a la modernidad, y en contextos particulares como la navegación y el comercio⁹. Sin embargo hoy es un “problema universal que no puede ser evitado ni eludido”¹⁰. Uno de los grandes rótulos de nuestro tiempo es el de “sociedad del riesgo”, que se ha convertido en una de las más significativas y arriesgadas “fórmulas de autodescripción” de la sociedad, de una sociedad que se describe a sí misma “autológicamente”¹¹.

⁶ Cfr. ID.; *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, 2ª edic., Opladen, Westdeutscher Verlag, 1988, que trata del riesgo en pp. 135 y ss. (la primera edic. es de 1986).

⁷ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 71.

⁸ *Ibidem*, p. 119.

⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 51.

¹⁰ *Ibidem*, p. 37.

¹¹ ID.; *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 866. Es autológica la afirmación que se aplica a sí misma. El libro de BECK, U.; *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*, trad.

Indica tanto una sobreexposición al riesgo como una hipersensibilidad ante el riesgo, así como una obsesión por la seguridad.

Todo jurista sabe que no hay meros hechos sino interpretaciones. Podemos recordar lo que decía Goethe, que todo hecho es ya teoría¹². En lo aparentemente descriptivo hay algo especulativo. Nietzsche dirá que no hay hechos, sólo interpretaciones, y que afirmar esto es a su vez una interpretación¹³. Todo es hermenéutica, también los riesgos. Y –al menos desde Gadamer– sabemos que la hermenéutica trabaja con *precomprensiones*¹⁴.

En Luhmann el riesgo aparece como un esquema de observación ¿Qué implica observar? Observar es una operación que trabaja con distinciones, con esquemas binarios, con contrastes. Sólo se puede observar desde una oposición que funciona como polaridad, desde una tensión ocular. Observar –digamos también pensar– es dar forma y fijar formas, y la forma implica una distinción con dos lados. Todo lenguaje es diferencial, trabajo con diferencias. Lo sabemos bien en el derecho: no hay

J. Navarro y otros, Barcelona, Paidós, 1998, apareció en alemán en 1986. Es una temática que también se destaca en GIDDENS, A.; *Consecuencias de la modernidad*, trad. A. Lizón, Madrid, Alianza, 1993, pp. 119 y ss., que se publicó en 1990. Luhmann menciona este libro en su *Sociología del riesgo*, p. 266, nota 14.

¹² Cfr. GOETHE, J. W. von; *Máximas y reflexiones*, edic. J. del Solar, Barcelona, Edhasa, 1999: “todo lo fáctico es ya teoría” (p. 143). Procede de *Los años de peregrinaje de Guillermo Meister*.

¹³ La fórmula abreviada “no hay hechos, sólo interpretaciones; y ésta es una interpretación”, de lo que se dice en NIETZSCHE, F.; *Más allá del bien y del mal: Preludio de una filosofía del futuro*, trad. A. Sánchez Pascual, Madrid, Alianza, 1988, § 22, p. 44-45, puede verse en VATTIMO, G.; “La edad de la interpretación”, en RORTY, R. y VATTIMO, G.; *El futuro de la religión: Solidaridad, caridad, ironía*, compilación de S. Zabala, trad. T. Oñate, Barcelona, Paidós, 2006, p. 77.

¹⁴ GADAMER, H.- G.; *Verdad y método*, trad. A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2007, recuerda, siguiendo a Heidegger, que “la interpretación empieza siempre con conceptos previos” (p. 333).

derechos sin deberes. Pero no lo tenemos tan presente en el pensamiento abstracto ¿Cómo dar forma al riesgo? ¿Cuál es la forma de sus diferencias? Vamos a inventar el riesgo, o mejor, a explorar cómo se da en la sociedad la invención del riesgo.

No habría que hablar simplemente de riesgo sino de un esquema, de una dicotomía en la que el riesgo es uno de los polos ¿Cuál es el otro? Hay dos candidatos: Uno, el habitual, el consabido: seguridad. Otro, que Luhmann ofrece con nuevas posibilidades de análisis: peligro. Hablar de riesgo, pensar el riesgo, puede suponer manejar dos perspectivas: riesgo-seguridad, riesgo-peligro (*Risiko-Gefahr*). En los conceptos complejos se combinan y entrecruzan varias distinciones que es preciso deslindar. Estas distinciones constituyen el “punto ciego” de la observación, lo que no puede verse en la misma observación¹⁵. Siempre se ve desde algo que no se ve. Verlo requeriría una observación de segundo orden.

2.- Riesgo y seguridad

Vayamos a la primera dicotomía, la más familiar. El pensamiento jurídico se mueve ampliamente en la órbita del riesgo-seguridad. El derecho aporta seguridad a la convivencia. Sin derecho rebrotaría un estado de naturaleza hobbesiano que colapsaría la vida social. La seguridad jurídica es un valor de primer orden, que ha disputado el terreno a la justicia (pensemos aquella afirmación que se lee en Goethe:

“prefiero la injusticia al desorden”). Tener un derecho subjetivo es tener algo más o menos asegurado. Los distintos derechos –y no sólo la figura denominada “seguro”– nos aseguran frente a múltiples tipos de perjuicios, lesiones, intromisiones. El derecho protege, tutela, ejerce una función preventiva. El Estado Social es un Estado asegurador frente a múltiples contingencias, comenzando por la Seguridad Social. La visión garantista iría también en la misma línea. Este empeño por la seguridad ha dejado en la penumbra la cuestión de los riesgos del derecho, que plantearemos más adelante. Y no se suele ver que la seguridad jurídica no es sólo seguridad de las personas sino del propio sistema, que se asegura a sí mismo y evita riesgo de indecisiones y bloqueos.

En el pensamiento de Luhmann la problemática de la seguridad es siempre trabajo con el riesgo. Riesgo es el término marcado. Nos movemos constantemente en zonas de inseguridad y tenemos que trabajar bajo principios de incertidumbre (política, jurídica, económica, ética, etc.). Luhmann se esfuerza provocativamente por desafiar nuestras seguridades o –dicho de modo paradójico– por plantear *los riesgos de nuestras seguridades*. Ya no podremos oír la palabra seguridad sin prevención, sin reticencia, sin desconfianza. Puede ser una forma de ingenuidad y se necesita una *desconstrucción de la seguridad*.

Conviene adelantar alguna de las propuestas que se van a examinar, que revelan un gusto por la paradoja muy característico de esta teoría. Veremos que la seguridad es un concepto vacío, mero correlato del riesgo. La seguridad es una variable planteada en función del riesgo, que funciona como un diferencial y un desplazador de riesgos. No es posible optar entre riesgo y seguridad:

¹⁵ LUHMANN, N.; “Risiko und Gefahr”, cit., p. 134.

sólo se puede elegir entre distintos riesgos. La seguridad no es la solución sino parte del problema del riesgo. No se puede proporcionar seguridad, sino sólo absorber inseguridad. El riesgo sólo se reduce con riesgo. Y si esto es así significa que *todo discurso sobre la seguridad tiene una constitución paradójica*. Habrá que hacer aflorar las paradojas que lo gobiernan. Y en esto Luhmann se muestra también como un *ironista* de la seguridad.

De acuerdo con la opinión más extendida el concepto de riesgo se determina por oposición a la noción de seguridad. Pero este último término carece de significado definido: actúa sólo como contrapeso para poder pensar el riesgo. Es un “concepto vacío” que sirve de “concepto de reflexión” y proyección, de descarga como “concepto-válvula-de-escape”. En todo caso es una “ficción social”, que se maneja como si la supuesta seguridad fuera algo seguro¹⁶. Aunque lo realmente seguro es que apenas hay seguridades absolutas¹⁷.

Cuando se concibe la seguridad no como contrapartida formal sino como dato sustantivo con “significado objetivo” lo que hacemos es sobrevalorar nuestra capacidad de control sobre las situaciones y presuponer que hay fundamentos seguros (rationales) para la toma de decisiones¹⁸. Pero aquí el acento no se pone en la seguridad sino en el riesgo. La seguridad es tan sólo el correlato negativo del riesgo. La seguridad está planteada *en función del riesgo*, como la sombra en función de la luz.

La seguridad es una *variable*. Como tiene distintos aspectos y grados, la cuestión es saber si la seguridad alcanzable es o no “suficiente”¹⁹. Esto es relativo. La seguridad no es un criterio claro y está sujeta a apreciaciones que varían según contextos. Nos podemos preguntar si la seguridad de que disponemos es suficientemente segura. La seguridad es un concepto diferencial, un concepto límite que puede desplazarse. Dónde se fija el límite entre seguridad e inseguridad es una cuestión siempre abierta. La seguridad es sólo uno de los polos de una distinción, de una forma que constituye una unidad: la unidad de riesgo y seguridad. La forma tiene dos lados y permite el tránsito del uno al otro. La seguridad es un transportador, un *desplazador de riesgos*.

El esquema riesgo-seguridad produce un cierto espejismo: da a entender que es una alternativa y que es posible elegir entre riesgo y seguridad²⁰. Pero esta elección es ella misma arriesgada. La variante supuestamente segura implica que no surgirán daños, pero siempre puede suceder algo imprevisto, y además se pueden perder oportunidades. La variante arriesgada implicaría aprovechar alguna oportunidad, pero puede salir mal. No hay elección segura: “sólo se puede tomar una decisión arriesgada o esperar” y “también la espera es una decisión arriesgada”²¹. Lo único que podemos hacer es *elegir entre distintos riesgos*.

Está además abierta la cuestión de si es racional, o al menos razonable, correr riesgos. Todos los estudiosos de Rawls se han planteado si en un planteamiento de justicia social es asumible en la “posición original” la estrategia más segura, la más

¹⁶ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 63.

¹⁷ La muerte es la gran excepción. Cfr. *Ibidem*, p. 72, nota 58.

¹⁸ *Ibidem*, p. 56.

¹⁹ *Ibidem*, p. 206.

²⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 64.

²¹ *Ibidem*, p. 116.

conservadora, orientándose por el criterio llamado *maximin*, poniéndose en lo peor²². Una teoría así está lastrada por una extrema aversión al riesgo, que por ser poco imaginativa puede resultar improductiva.

También hay que advertir que no es posible pasar del riesgo a la seguridad por medio del conocimiento y de la racionalidad. La supuesta elección racional, la teoría de la decisión, no proporcionan seguridad. Luhmann advierte que “si no hay decisiones con la garantía de estar libres de riesgo, debe abandonarse la esperanza (que un observador de primer orden podría todavía tener) de que con más investigación y más conocimiento podríamos pasar del riesgo a la seguridad”. Pues “la experiencia práctica nos enseña que ocurre más bien lo contrario: cuanto más se sabe, más se constituye una conciencia del riesgo”, así como “cuanto más racionalmente se calcule y cuanto más complejo sea el cálculo, de más aspectos nos percataremos, y con ellos vendrá mayor incertidumbre en cuanto al futuro y, consecuentemente, más riesgo”²³. Esta es una de las razones que explican la aguda conciencia de riesgo del mundo contemporáneo.

²² Como leemos en RAWLS, J.; *Teoría de la justicia*, trad. M. D. González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993, el criterio *maximin* consiste en “jerarquizar las alternativas conforme a sus peores resultados posibles: habremos de adoptar la alternativa cuyo peor resultado sea superior al peor de los resultados de las otras alternativas” (p. 181). Rawls intenta salir al paso de la objeción de que el principal argumento para sus principios de justicia (en concreto para el principio de diferencia) sea un gran temor al riesgo. Alega que “no se postulan actitudes extremas frente al riesgo” y que, “en todo caso, existen muchas consideraciones a favor del principio de diferencia en las cuales el temor al riesgo no desempeña papel alguno” (p. 106).

²³ LUHMANN, N.; *Sociología del riesgo*, cit., pp. 72-73 (traducción modificada).

Cada vez que procuramos la seguridad asistimos a una revancha del riesgo. Así, cuanto más prevención, más riesgo. La búsqueda de la seguridad lleva a tomar precauciones. Aquí se sitúa la problemática de la prevención, entendida como “una preparación contra daños futuros no seguros, buscando ya sea que la probabilidad de que tengan lugar disminuya, o que las dimensiones del daño se reduzcan”. Pero hay que tener en cuenta que “la prevención influye en la disposición al riesgo”. Por ejemplo: “Estamos, en general, más dispuestos a participar en un proceso cuyo resultado es incierto cuando tenemos la protección legal de un seguro. Nos decidiremos a construir en una zona sísmica si existen técnicas de construcción seguras contra los sismos. Un banco estará más dispuesto a otorgar crédito si podemos ofrecer garantías”²⁴.

Si observamos la distinción riesgo-seguridad mediante la distinción problema-solución podemos decir que el riesgo es el problema y la seguridad sería la solución. Nos encontramos entonces con que lo problemático del problema “está siempre implícito” y que la supuesta solución sólo lo es de “un problema que es irresoluble”, de manera que “la solución del problema aparece siempre como algo problemático”. Lo que ocurre es que la llamada solución, lo que denominamos seguridad, “expresa el problema de una manera menos irritante y mediante una forma más susceptible de enlaces”, es decir mejor delimitada y más asumible puesto que facilita nuevas conexiones, ulteriores relaciones. La solución es la “contraforma” del problema, abierta a nuevos problemas. La soluciones “aparecen como solución de problemas que siempre podrán ser reproblematisadas”. Dicho de otro

²⁴ *Ibidem*, cit., p. 73.

modo, “la solución del problema esconde el problema que soluciona”²⁵. En definitiva: *hay que ver la seguridad como parte del problema del riesgo*, y no sólo como su solución. El riesgo aparece como aporía y el tratamiento del riesgo como una aporética, que sólo se puede plantear en resistencia a la aporía²⁶.

Frecuentemente a lo más que se puede aspirar no es a dar seguridad sino a “una absorción de la inseguridad” que se basa en “percibir los riesgos” que se corren. No se trata de “elusión de los riesgos” sino de manejar “la relación entre riesgos previstos y aceptados, por una parte, y riesgos imprevistos, por la otra”²⁷. Se intenta que estos últimos sean los menos posibles. La búsqueda de seguridad se convierte en percepción y aceptación del riesgo. Para saber a qué atenerse.

Uno de los grandes motivos de la teoría de sistemas es la “reducción de complejidad”. No es el paso de lo complejo a lo simple, sino la producción de una “diferencia de complejidades”. Si lo trasladamos a la problemática del riesgo –pues la complejidad se manifiesta también “como concepto de inseguridad y riesgo”– hablaremos de *reducción del riesgo*²⁸. Reducción significa aquí transformación, cambio de formato, para hacerlo más manejable.

La reducción de complejidad no es la instauración de un pensamiento de la simplicidad. Se trata de la “reducción de una complejidad por otra”, pues “sólo la complejidad puede reducir complejidad”²⁹. Para afrontar la complejidad el sistema tiene que generar una complejidad nueva. Tiene que pasar de la complejidad inabordable a una “complejidad estructurada”, lo que implica “construir autocomplejidad”³⁰. Del mismo modo, la reducción del riesgo no es instalación en la seguridad pues *el riesgo sólo se reduce con riesgo*. La reducción del riesgo lo será de unos riesgos por otros. El sistema tiene que construir su propio diferencial de riesgo, no para garantizar la seguridad sino para tratar mejor con la inseguridad.

Esto nos da pie para introducir la segunda distinción, que implicará una transformación de riesgos. Lo que hemos denominado genéricamente riesgo va a experimentar la diferenciación entre *riesgo*, entendido en un sentido peculiar, y *peligro*. Estos términos se convierten así en tecnicismos.

3.- Riesgo y peligro

Veamos ahora la distinción riesgo-peligro, que constituye la aportación más original de Luhmann a esta problemática, desde planteamientos constructivistas que atienden a la configuración de realidades³¹. Con ello estamos ya manejando riesgos.

²⁵ ID.; *La ciencia de la sociedad*, cit., pp. 302 y 303.

²⁶ Habrá que recordar aquí lo que decía VIEHWEG, Th.; *Tópica y jurisprudencia*, trad. L. Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1986: “no es posible liquidar totalmente la problemática que se quiere dominar, y ésta reaparece por doquier con una forma nueva” (p. 62).

²⁷ LUHMANN, N.; *Sociología del riesgo*, cit., pp. 253 y 254.

²⁸ ID.; *Sistemas sociales*, cit., p. 50.

²⁹ *Ibidem*, pp. 50 y 49.

³⁰ *Ibidem*, p. 50; *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 100.

³¹ Cfr. ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 65; ID., *Observaciones de la modernidad: Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, trad. C. Fortea, Barcelona, Paidós, 1997, p. 133; ID.; *El derecho de la sociedad*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana, 2002, p. 198.

Se da por supuesto que hay una inseguridad en relación a posibles daños futuros y que se aspira a la seguridad. Este es el punto de partida. Se presentan entonces dos posibilidades. O el posible daño se atribuye a una decisión, se considera consecuencia de una decisión, y hablaremos de *riesgo* en sentido estricto. O el posible daño se atribuye al entorno del sistema, se considera provocado externamente, y hablaremos entonces de *peligro*.

A diferencia de la anterior, ésta es una distinción de carácter sistémico, que incorpora en sí misma la diferencia entre sistema y entorno. El peligro implica heterorreferencia, descarga, externalización; mientras que el riesgo es ejercicio de autorreferencia, internalización, inclusión. Activa las conexiones internas de un sistema y provoca su implicación.

El riesgo es un peligro que se atribuye a una instancia (persona u organización) para hacerla responsable. La problemática a la que esto conduce no es la seguridad sino la responsabilidad, la capacidad de afrontar y dar respuesta. El peligro no tiene autor: sólo tiene causas y víctimas. El riesgo tiene siempre un responsable, alguien a quien hacerle reproches o al menos plantearle exigencias. La razón de ser del esquema riesgo-peligro no es la eliminación de la inseguridad sino la gestión del riesgo, un cierto *risk management*.

La caracterización de algo como riesgo o como peligro depende de una atribución. Nada constituye riesgo o peligro por sí mismo, por su propia naturaleza, sino por la interpretación que se le da. La distinción entre riesgo y peligro “sólo es una diferencia

del modo de adscripción”³². Un mismo hecho (aunque con ciertos límites) puede aparecer como riesgo o como peligro. Podemos pensar que se habría evitado el daño si se hubiera tomado alguna decisión y –a diferencia de lo que ocurre en otras sociedades– “en el mundo moderno también no decidir es una decisión”³³.

Por ejemplo hablaríamos del peligro de que se produzca un terremoto si lo consideramos en tanto que hecho producido por causas naturales, pero hablaríamos de riesgo de terremoto si hemos tomado la decisión de vivir en una zona de fuerte actividad sísmica, o si una vez que ha habido daños pensamos que se hubieran evitado si se hubiera decidido edificar de modo adecuado. Luhmann proporciona este ejemplo: “Los seguros no crean seguridad de que la desgracia no ocurrirá. Sólo garantizan que no se modificarán las circunstancias patrimoniales del afectado”. De modo que “todos los *peligros* contra los que uno podría asegurarse se transforman en *riesgos*”³⁴. Las compañías aseguradoras se dedican a la “transformación de peligros en riesgos”, aunque sólo sea considerando “el riesgo de no haberse asegurado”³⁵. Y hay seguros para todo. Nada tan cierto como la muerte y hay seguros de vida. El problema no es tanto el bien asegurado como la prima que hay que pagar y lo que se obtiene a cambio.

De lo que se trata con el esquema riesgo-peligro es de *transformar los peligros en riesgos* y de la configuración, distribución y gestión de esos riesgos. Todo ello dependerá de la capacidad del sistema

³² ID.; *La ciencia de la sociedad*, cit., p. 465.

³³ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 72. No se trata sólo de la decisión de no decidir sino que, como ocurre con el silencio administrativo, el transcurso de un tiempo sin decisión expresa se considera como una decisión.

³⁴ ID.; *Observaciones de la modernidad*, cit., pp. 135-136.

³⁵ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 90.

social para realizar estas operaciones. Un rasgo de la sociedad actual es precisamente la tendencia a transformar los peligros en riesgos³⁶. Esto tiene mucho que ver con la “expansión de los potenciales de decisión”, con “su mayor ramificación” y “su riqueza mayor de alternativas”, y también con la intervención de la técnica en situaciones y procesos que antes se consideraban exclusivamente como parte de la naturaleza³⁷.

Cuanto “más fuerte” sea un sistema más podrá influir en su entorno, con lo que tenderá a transformar los peligros en riesgos. En la medida en que podemos intervenir más en el curso de los acontecimientos la problemática del riesgo se va imponiendo por sí misma, con lo que “la responsabilidad aumenta casi automáticamente”³⁸. Hay más

exigencias de responsabilidad y aparecen más responsables. Y una consecuencia de que la perspectiva de peligro disminuya y predomine la de riesgo, de que se busquen cada vez más responsables, es que “la sociedad produce cada vez más miedo de sí misma”³⁹.

Puede decir Luhmann, con atrevimiento paradójico, que la tarea —una vez que hemos abandonado el esquema riesgo-seguridad— ya no es lograr seguridad sino que va justamente en la dirección contraria: “aumentar y especificar los riesgos”⁴⁰. Inventar *riesgos*. No se trata de eliminarlos sino de detectarlos, configurarlos y aprender a manejarlos. La gestión de los riesgos puede implicar transferirlos, hacerlos repercutir en otros puntos, transformarlos, concentrarlos o distribuirlos, descargarlos, compensarlos. Trabajar con riesgos activa y exige toda una dinámica social.

El riesgo acaba por convertirse en comunicación, en una sociedad que está hecha de comunicaciones. Los sistemas sociales son sistemas de comunicación. El paso de peligros a riesgos conlleva un aumento considerable del potencial comunicativo de la sociedad. En la medida en que no seamos capaces de plantear los problemas de riesgo como problemas de comunicación social recaemos en una visión objetivista o naturalista que acabará por dificultar la gestión de los riesgos. La teoría del riesgo es una teoría de la comunicación. Pero está claro que la comunicación de riesgos no garantiza la seguridad: sólo sirve para afrontar mejor la inseguridad.

³⁶ Cfr. ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 90.

³⁷ *Ibidem*, p. 90.

³⁸ ID.; *La ciencia de la sociedad*, cit., p. 465. Esta ampliación de la responsabilidad se produce como consecuencia de la misma evolución social, con independencia de exigencias éticas como las que plantea JONAS, H.; *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, trad. J. M. Fernández Retenaga, Barcelona, Herder, 1995. En este sentido cierta “ética de la responsabilidad” puede ser superflua. En LUHMANN, N.; *Sociología del riesgo*, cit., se muestra escéptico en lo que respecta a una “ética del riesgo”, teniendo en cuenta “la improductividad deductiva de la ley moral kantiana” o la inoperancia de una ética sustantiva para solucionar los conflictos valorativos debido a la “falta de transitividad del orden de valores” (p. 207), pues no hay criterios claros de prelación. Cuando se recomienda actuar con responsabilidad habrá que preguntar “cómo es posible si el problema consiste precisamente en que las consecuencias son desconocidas” (p. 208). La apelación a la ética es insuficiente. Por más que ofrezca principios no evita tener que tomar decisiones adicionales para concretarlos y operar con ellos pues el “hiato instalado en la ética no puede ser superado por ella misma” (p. 208). De hecho podemos comprobar que “la política que espera ayuda de la ética para sus decisiones es remitida a sí misma y a continuación prácticamente remitida a organizaciones que son capaces de tomar acuerdos, votar y comunicar los resultados”. En

definitiva: “en cuestiones de ética sólo se ofrecen pseudocompetencias” (p. 209).

³⁹ ID.; *La ciencia de la sociedad*, cit., p. 182 (traducción rectificada).

⁴⁰ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 120. Se requiere “una especificación de los riesgos para que se vuelvan visibles y puedan ser asignados”, ID.; *La ciencia de la sociedad*, cit., p. 182.

El factor distintivo es la decisión. Los riesgos se refieren a daños que se presentan como resultado de una decisión y que no se producirían si la decisión hubiera sido otra. Con todo, es un error creer que decidiendo de otro modo se hubieran evitado los riesgos, pues toda decisión puede desencadenar consecuencias no deseadas. Todo tiene riesgos: no hay escapatoria. Nunca pasaríamos del riesgo a la seguridad mediante una decisión acertada. Incluso se ha dicho que toda decisión es “transformación de inseguridad en riesgo”⁴¹. Decidimos siempre bajo un principio de incertidumbre.

Hay que precisar que las consecuencias negativas no se consideran como costes de la decisión, como un precio que necesariamente hay que pagar y que se considera justificado, sino como daños, quizá improbables, pero en todo caso vinculados con la decisión. Daños que hacen lamentar la decisión tomada y abren el camino a una exigencia de indemnización⁴².

Las decisiones presentan un rasgo elemental pero muy significativo: la “bifurcación” entre

los que deciden y los afectados⁴³. Se abren posiciones y perspectivas muy distintas, con importantes consecuencias para nuestro tema pues “*el riesgo de unos es peligro para otros*”⁴⁴. Y, como puede esperarse, se generan conflictos entre los que deciden y los afectados, esas “personas excluidas de las decisiones pero incluidas en las consecuencias”⁴⁵.

Luhmann advierte de que “el abismo entre tomadores de decisión y afectados” se irá abriendo de forma cada vez “más aguda”⁴⁶. Esto parece contrarrestar la pretensión democrática de estimular la participación de todos en la toma de decisiones, que tiene límites estructurales y frecuentemente se queda en mera retórica⁴⁷. Se intenta dar la sensación de involucrar a todos, de que decidimos todos, y se ofrece así una coartada para desactivar protestas ante los posibles resultados inaceptables. Con formas a veces mínimas y casi simbólicas de participación se pretende repartir, compartir o incluso trasladar el riesgo de la decisión a los afectados, a los perjudicados. Esto forma parte de una estrategia de autolegitimación.

4.- La atribución a decisiones

Juntamente con la decisión está aquí en juego el concepto de atribución o imputación (*Zurechnung*). Es un término fundamental en

⁴¹ ID.; *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, trad. D. Rodríguez Mansilla, Barcelona, Universidad Iberoamericana y Anthropos, 1997, p. 81. Cfr. también pp. 10 y 63. Por otra parte “la decisión es absorción de riesgo”, ID.; *La ciencia de la sociedad*, cit., p. 466.

⁴² Luhmann no cuestiona el concepto de daño, que ha dado lugar a distintas elaboraciones jurídicas. No se trata de un mero hecho natural sino de una construcción del derecho, como cuando se dice que se considera lesión sólo el daño que alguien no tiene el deber jurídico de soportar. Se intenta delimitar el daño resarcible, y por ejemplo se circunscribe a daños previsibles según el estado de la ciencia y de la técnica. Se presenta también el daño como lesión a un bien jurídico protegido. Hay siempre autorreferencia pues el derecho regula la amplitud y el alcance de su propio ámbito. Es el derecho el que construye bienes jurídicos y en consecuencia el que determina qué se entiende por daño.

⁴³ ID.; *El derecho de la sociedad*, cit., p. 199.

⁴⁴ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 155.

⁴⁵ ID.; *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 421.

⁴⁶ ID.; *El derecho de la sociedad*, cit., p. 199.

⁴⁷ En ID.; “Participación y legitimación: ideas y experiencias”, trad. P. Jiménez, en *La participación: Anuario de la Facultad de Dret, Lérida*, 1985, llegaba a afirmar que “la exigencia de una mayor y más efectiva participación se contempla hoy como una fase cerrada de la nueva historia de las ideas” (p. 11).

el pensamiento jurídico⁴⁸ y sociológico⁴⁹, que hay que plantear a salvo de todo naturalismo.

La atribución es un mecanismo de relación, resultado de una observación⁵⁰. Pero no se trata de una conexión natural que podemos descubrir en la realidad. Es una conexión construida, fabricada, inventada, que – aunque con apoyo en ciertas realidades–

⁴⁸ Leemos en KANT, I.; *La Metafísica de las Costumbres*, trad. A. Cortina y J. Conill, Madrid, Tecnos, 1989, que “imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción” que “está sometida a leyes” (p. 35). KELSEN, H.; *Teoría general del Estado*, trad. L. Legaz Lacambra, Granada, Comares, 2002, pp. 80 y ss. distingue el concepto jurídico de imputación, que es una conexión normativa, del de causalidad, perteneciente al ámbito de la naturaleza. La imputación es un “enlace formal” creado por el derecho y de ninguna manera un “nexo causal” (p. 83). El sujeto de derecho constituye un centro de referencia, un “punto de imputación” (p. 109). Y “la diferencia fundamental entre imputación y causalidad es que existe un punto final para la imputación, pero no para la causalidad”, ID.; “Causalidad e imputación”, en *¿Qué es justicia?*, trad. A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1982, p. 232. Cfr. también ID.; *Teoría pura del derecho*, trad. R. J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, pp. 90 y ss.

⁴⁹ WEBER, M.; *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. J. Medina Echavarría, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, registra como categoría sociológica fundamental el concepto de imputación o atribución en relación con los fenómenos de la solidaridad y la representación (pp. 37-38) y trata del “problema de la imputación” a propósito del cálculo económico (pp. 78 y 79). LUHMANN, N.; *Rechtssoziologie*, cit., se planteaba la “imputación de la discrepancia” en el caso de normas que no se cumplen (pp. 55 y s.) y la atribución de la validez jurídica a ciertas decisiones (p. 208). En *Sistemas sociales*, cit., observa que los sistemas pueden determinar y variar “el rumbo de la atribución”, puesto que puede haber una atribución interna, dirigida al sistema, o externa, dirigida al entorno (p. 97). Está con ello en juego la “potencialidad de enlace” de los sistemas (p. 212).

⁵⁰ LUHMANN, N.; *La ciencia de la sociedad*, cit., advierte que las atribuciones (o adjudicaciones) son siempre “observaciones” que “pueden variar de observador a observador”. Pueden surgir discrepancias y entrar en conflicto. En cuestiones de responsabilidad es el derecho el que determina “la selección del rumbo de la adjudicación” (p. 106).

puede ser completamente artificial y tener incluso un componente de ficción⁵¹. Sin embargo necesita ser plausible o verosímil, es decir aceptable o justificable, pues de otro modo no funcionaría, por lo que depende de una *sensibilidad* social para la atribución que varía según épocas, culturas y contextos⁵². El proceso de atribución está “socialmente condicionado” y es una técnica inventada no para explicar la normalidad sino para afrontar ciertas “situaciones problemáticas”, de las que depende qué “constelaciones de atribución” se activan en cada momento⁵³. Ya puede suponerse que no es un asunto neutral y nos podemos preguntar por los intereses de la atribución⁵⁴.

No hay aquí constataciones, percepciones, sino adjudicaciones, adscripciones. Se pone en juego un uso adscriptivo del lenguaje⁵⁵. A pesar de las apariencias, no encontramos enunciados constatativos sino esos *performativos* que –en la conocida expresión

⁵¹ Precisa ID.; *La sociedad de la sociedad*, cit., que “toda atribución es contingente (lo que de ninguna manera quiere decir que se produzca de modo arbitrario o puramente ficticio)” (p. 96). Las atribuciones “son siempre un acontecimiento artificial, que encuentra condiciones sugerentes en las cualidades de la realidad, pero que no están completamente determinadas por ellas” (p. 259). Modifico la traducción de la edición citada, a la vista del original alemán.

⁵² Cfr. este concepto en LUHMANN, N.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 155.

⁵³ ID.; *La sociedad de la sociedad*, cit., pp. 259 y 262.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 96.

⁵⁵ HART, H. L. H.; “The Ascription of Responsibility and Rights”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 49, 1948-1949, pp. 171 y ss., da pie para hablar en estos términos. La adscripción es una cuestión decisiva para la teoría de la acción. Cfr. por ejemplo RICOEUR, P.; *El discurso de la acción*, trad. P. Calvo, Madrid, Cátedra, 1988. Hay que atribuir la acción a alguien: “La acción está ahí ¿De quién es, a quien pertenece?”. Se busca una “referencia identificadora” (p. 60). CRUZ, M.; *¿A quién pertenece lo ocurrido? Acerca del sentido de la acción humana*, Madrid, Taurus, 1995, advierte que puede parecer que se ofrecen datos de hecho, pero frecuentemente “la descripción es descripción de lo adscrito” (p. 225). En LUHMANN, N.; *Sistemas sociales*, cit., encontramos también que “las acciones se constituyen mediante procesos de adjudicación (*Zurechnungsprozesse*)” (p. 163).

de Austin– “hacen cosas con palabras”⁵⁶. La imputación es una herramienta imprescindible, un instrumento potentísimo, para la construcción jurídica de la realidad.

El problema del riesgo no es lograr una “atribución correcta” o verdadera, como si buscáramos una correspondencia o adecuación con la realidad, como si pudiera ser verificada⁵⁷. No se pretende simplemente averiguar cuál es la causa o causas que han originado el daño, sino de establecer esquemas de referencia y puntos de imputación para ofrecer una respuesta. No se trata de hallar sin más una *explicación* de lo que ha ocurrido sino de ofrecer una *respuesta*. La explicación que se da estará en función de la respuesta que se busca. Los hechos que se alegan son estrategias. No funcionan como hechos sino como argumentos para justificar una reparación.

La atribución en situaciones de riesgo es un “artefacto” que resulta de una observación, que aparece exclusivamente como “resultado del ser observado”⁵⁸. Es cierto que “la atribución a la decisión es una atribución causal: debe poder representarse en el esquema de causa y efecto”⁵⁹. Pero “la asignación de determinados efectos a determinadas causas es un proceso de selección y la correlación varía dependiendo del interés de la atribución”⁶⁰. La atribución

no es cuestión de percepción sino de decisión, y de decisión orientada por ciertos intereses. Se decide de forma “oportunistamente” pues se hace responsable a aquél de quien se cree que puede obtenerse algo⁶¹.

A su vez la causalidad es un “esquema de observación” que se inserta en una serie múltiple y compleja de causas y efectos⁶². Ante una pluralidad de factores “la representación de *una* causa o, en su caso, de *un* efecto es una abstracción que cumple una determinada función de ordenación”. No se trata de realidades sino de una “interpretación causal de la acción”, de “un esquema heurístico de pensamiento” que en la fijación de causas y efectos “estimula la búsqueda de alternativas”. Los conceptos de causa y efecto no son “*propiedades* del suceso” sino “*variables*, lugares vacíos para el intercambio de posibilidades”, que ofrecen “*puntos funcionales de referencia*”. La interpretación causal proporciona una “esquemización estratégica” de la complejidad de la realidad. Reduce a “un formato manejable” los acontecimientos, que sirve de apoyo para ulteriores decisiones⁶³.

nunca pueden remitirse todas las causas a todos los efectos (o viceversa). No se describe algo dado en la “naturaleza” sino que “los juicios causales son juicios ‘políticos’” (p. 801), es decir condicionados por el ámbito de la vida en común.

⁶¹ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 166. Hay una tendencia a asignar la responsabilidad al que puede pagar (cfr. p. 219).

⁶² En ID.; *La ciencia de la sociedad*, cit., se insiste en que “la causalidad no es un fenómeno independiente del observador, sino un esquema de observación entre otros”. La “atribución causal” es un producto de “la autopoiesis del sistema de observación” (p. 49). El esquema causal “presupone la diferencia entre causas y efectos como construcción de un observador” (p. 259).

⁶³ ID.; *Fin y racionalidad en los sistemas. Sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, trad. J. Nicolás, Madrid, Editora Nacional, 1983, pp. 28, 31 y 33. Cfr. también sobre estas cuestiones ID.; “Funktion und Kausalität”, en *Soziologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 6ª edic., Opladen, Westdeutscher Verlag, 1991, pp. 9 y ss.

⁵⁶ Me refiero, claro está, a AUSTIN, J. L.; *Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones*, trad. G. Carrió y E. A. Rabossi, Barcelona, Paidós, 1982.

⁵⁷ LUHMANN, N.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 69.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 111.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 166.

⁶⁰ ID.; *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 96. En situaciones con muchas variables lo que produce el esquema causal de observación son “estimaciones” con vistas a la futura “elaboración de explicaciones”. Y “hoy en día es claro que la causalidad requiere decisiones de atribución puesto que

No consiste en la identificación de la verdadera causa, sino en la selección entre diversas posibilidades, entre los distintos factores relacionados con el daño producido. Siempre se verifica una ruptura de nexos causales que se descartan. Y lo que se determina como causa *eficiente* y *adecuada*, por emplear la terminología jurídica, hay que entenderlo en este contexto: eficiente y adecuada no sólo para producir el daño sino para soportar la consiguiente pretensión de indemnización. Las cuestiones de atribución se plantean “en situaciones recursivas, en donde otras decisiones dependen de ellas”⁶⁴.

La atribución del daño a la decisión aparece como “contingente”, lo que quiere decir que no es ni imposible ni necesaria⁶⁵. Se mueve en un ámbito de discrecionalidad y podría efectuarse de otro modo. Es cuestión de estrategia y de oportunidad. No juega aquí la racionalidad del percibir sino la racionalidad del comparar y sopesar alternativas.

Como la atribución es objeto de decisión “conduce a la pregunta de quién decide acerca de la atribución, con la posibilidad de adjudicar, a su vez, la decisión acerca de la atribución”⁶⁶. El riesgo lleva a decisiones de atribución que son también arriesgadas. El riesgo se reproduce a sí mismo. En este caso habrá que tener en cuenta que “la pregunta por la atribución de la atribución es una pregunta que carece de límites, que no se tolera, sino que se oculta y se hace invisible recurriendo a ‘fundamentos’”⁶⁷.

En definitiva, la adopción de una perspectiva de peligro o de riesgo es una cuestión de posibilidades sistémicas, pero también de estrategia. Exige plantear una decisión, que a su vez implica riesgos pues puede tener consecuencias negativas que achacaríamos a esa decisión, que no debería haberse tomado.

De todas formas en ciertos hechos imprevisibles o en sucesos catastróficos de gran magnitud, experimentamos la imposibilidad o la dificultad de atribuir los daños a decisiones. Por ejemplo en el caso del impacto de un meteorito o ante cierto tipo de catástrofes ecológicas⁶⁸. Atribuirlos a decisiones puede resultar muy forzado, aunque siempre puede intentarse. Habría que “inventar, por así decirlo, decisiones susceptibles de ser objeto de una atribución”⁶⁹. Nos deslizamos aquí a una problemática no de toma de decisiones sino de *invención de decisiones*, o de la posibilidad de presuponerlas. En un derecho dotado de gran abstracción, acostumbrado a la ficción y necesitado de ella, se puede muy bien llegar a la *ficción de decisiones*, o al menos a *decisiones simbólicas*, decisiones de no haber decidido, concebidas para trazar y soportar atribuciones y generar respuestas en los sistemas. El problema es que resulten creíbles y aceptables, pero el margen es muy amplio. La realidad jurídica está hecha de irrealidad. Otra cuestión es que la atribución funcione y conduzca a unos resultados

⁶⁴ ID.; *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 262.

⁶⁵ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 69.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 274.

⁶⁷ ID.; *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 259. Modifico la traducción de esta edición.

⁶⁸ Precisamente el debate ecológico presenta “una complejidad que se sustrae a una atribución de toma de decisiones”, y por supuesto a decisiones individuales. Aquí “los extremadamente complejos encadenamientos causales de numerosos factores y el largo plazo de la tendencia no admiten semejante atribución”. Sin embargo “buscamos sin cesar decisiones, aunque sean decisiones políticas, con las que salir al paso de este problema, eludirlo o al menos poder quitarle fuerza o retrasarlo”, ID.; *Observaciones de la modernidad*, cit., p. 137. Cfr. también *Sociología del riesgo*, cit., pp. 70 y 168-169.

⁶⁹ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 70.

compensatorios del daño, para lo que siempre hay límites.

En todo caso, y no sólo en estos planteamientos extremos, se plantea el riesgo de un *abuso de la atribución*. Pues “debemos contar con la posibilidad de que la sociedad moderna atribuya demasiado a las decisiones, y que incurra en ello también en aquellas situaciones en las que la instancia de decisión (persona u organización) no pueda ser identificada”, o no sea capaz de dar respuestas. Los sistemas pueden verse sobrecargados, y esto es siempre inquietante. Cuando la atribución funciona en el vacío acaba provocando disfunciones como “la de alarmar a la opinión pública, la de estimular movimientos de protesta y de crítica social, la cristalización de resentimientos y temores ante el futuro, para mencionar tan sólo algunas de las más importantes”⁷⁰.

Habrà que tener en cuenta, en la deriva hacia la irrealidad, la posibilidad de que la búsqueda de una instancia a la que atribuir el daño no constituya ya la identificación de una decisión errónea sino de un *culpable*, del “chivo expiatorio”. Con esto se pervierte la problemática del riesgo, que aparece siempre como riesgo de decisiones con vista a obtener respuestas, para entrar en una dinámica punitiva de pseudo-retribución, de una satisfacción por medio de prácticas rituales. Cuando la estrategia del riesgo es impracticable la lógica del peligro puede llevar a una recaída en prácticas mitológicas de victimización simbólica, como mecanismo aglutinante y de descarga de la inseguridad,

en un proceso de atribución que se parodia y transforma en retribución.

5.- El riesgo de los sistemas

Es preciso introducir en todo su alcance la perspectiva de los sistemas. No podemos limitarnos a riesgos a los que se exponen los individuos y a relaciones intersubjetivas (de personas físicas o jurídicas). La problemática sociológica del riesgo no se refiere primariamente a situaciones personales ni a atribuciones interpersonales, sino que se articula en el interior de los diversos sistemas, que son los grandes sujetos de la dinámica social y los protagonistas de la atribución. El problema del riesgo sólo se puede formular y decidir en la sociedad.

El riesgo de los individuos se plantea en el contexto de los sistemas. Por ejemplo las prácticas de riesgo de un inversor habrá que entenderlas en el marco del sistema económico, que pone a su disposición oportunidades y riesgos, y que corre además sus propios riesgos. Precisamente esta dimensión de los riesgos del sistema es característica del enfoque de Luhmann. Por otra parte los riesgos de las sociedades actuales son de tal envergadura que no pueden ser soportados y gestionados por los individuos y, en buena medida, tienen que quedar en manos de los sistemas.

Los sistemas *se encuentran en un estado de riesgo permanente*. Se están arriesgando constantemente. Incluso podemos decir que *se alimentan de sus propios riesgos*.

Los sistemas se producen y se reproducen a sí mismos “en la red recursiva de su

⁷⁰ *Ibidem*, p. 168.

autopoiesis”⁷¹. Por eso en todo lo relacionado con el riesgo *se manifiesta la autorreferencia de los sistemas*. Lo políticamente posible está definido por la política, es el derecho el que decide lo que es derecho, la economía delimita sus propias posibilidades. Esto constituye un desafío y un riesgo para el sistema, que no encuentra puntos de apoyo externos, que carece de seguridades. La política no puede trabajar con la verdad; las decisiones jurídicas no pueden tomarse prestadas de la moral; la economía no puede operar con la noción de precio justo. Cada sistema tiene que fabricarse sus propias certezas. Diagnosticar y afrontar riesgos sólo puede hacerse desde la circularidad de los sistemas.

Estos sistemas, que no tienen otros anclajes que los que ellos mismos definen, se abren y se cierran con cada operación. Son “sistemas ateleológicos”, sin orientación predeterminada. Su futuro permanece siempre abierto y los riesgos que corren son “incalculables”⁷². Actúan y se afirman en un entorno complejo y contingente, por tanto amenazador. Mediante un código binario (válido-inválido, en el caso del derecho) se diferencian de lo que les rodea, que es siempre “un entorno no controlable desde el sistema”⁷³. Están constantemente “obligados a decidir o rechazar decisiones” y a “correr en una u otra forma un riesgo”⁷⁴. La asignación de los valores de su código nunca es definitiva. En un futuro podría escogerse el otro valor, con lo que “la codificación binaria aumenta el riesgo de todas las

operaciones”⁷⁵. Lo que ahora es jurídicamente válido puede dejar de serlo si el derecho cambia.

¿Cómo puede un sistema controlar sus propios riesgos? Los sistemas no funcionan de modo jerárquico sino circular. No disponen de un centro de toma de decisiones, no tienen instalada una torre de control. Su ámbito es disperso y diversificado. Todo sistema *presenta una disposición fuertemente asistemática* y tiende a funcionar en red.

Por ejemplo “el sistema político de la sociedad actual se asemeja más a una masa nerviosa que a una jerarquía ejecutiva”⁷⁶. El sistema jurídico ya no puede concebirse de modo jerárquico sino “heterárquico”⁷⁷. Su articulación no es lineal sino circular. La jerarquía normativa queda como una “estructura secundaria”, relativizada en una red autopoietica de operaciones en la que “todas las jerarquías son estructuras circulares”⁷⁸. En el sistema económico encontramos la “heterarquía de una organización modular, que entrama los distintos centros del procesamiento de información”⁷⁹.

El impacto del riesgo y su absorción aparece diseminado por múltiples puntos interconectados e impregna todo el sistema. No se puede pensar en una instancia central

⁷¹ *Ibidem*, p. 122.

⁷² *Ibidem*, p. 122.

⁷³ *Ibidem*, p. 123.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 124.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 125. El caso de la ciencia es significativo: “El famoso postulado de la *falsabilidad* (Popper) dice: las tesis de la verdad son sólo relevantes científicamente cuando con ellas uno corre el riesgo de que pudieran ser falsas. Otra cosa ya ni siquiera se admite. La ciencia se obliga a proceder de una forma arriesgada. Pero lo hace con la salvedad de poder decidir ella misma lo que es verdadero y lo que es falso” (p. 125). El término *hipótesis* designa “el riesgo propio de las comunicaciones científicas”, *ID.*, *La ciencia de la sociedad*, cit., p. 183.

⁷⁶ *ID.*; *Sociología del riesgo*, cit., p. 211.

⁷⁷ *ID.*; “Positivität als selbstbestimmtheit des Rechts”, en *Rechtstheorie*, 19, 1988, p. 24.

⁷⁸ *ID.*; *Rechtssoziologie*, cit., pp. 358-359.

⁷⁹ *ID.*; *Sociología del riesgo*, cit., p. 236.

para controlarlo. La dispersión del riesgo y su difusión puede dificultar su manejo. No es fácil obtener una visión de conjunto, ganar una perspectiva amplia de autoobservación. Tampoco adoptar una estrategia global, coordinada y coherente.

La situación se agrava si pensamos en la multiplicación y ramificación de decisiones en los sistemas, su interdependencia, decisiones que generan otras decisiones, decisiones sobre decisiones. Encontramos que “el aumento de la organización a través de la proliferación del número de decisiones sólo puede significar que las posibilidades de control e influencia centralizados disminuyen (mientras no limiten este efecto medidas contrarias de técnica de control) y son reemplazados por mitologías”⁸⁰.

¿Qué está pasando con las decisiones? Los que deciden sobre las premisas de decisión de otros “no saben con seguridad lo que se decide antes de ellos, al mismo tiempo que ellos, ni después de ellos; con mucha frecuencia no saben exactamente qué deciden ellos mismos ni qué será visto y trabajado como su decisión en el sistema”. Y “ni siquiera saben con seguridad suficiente ni con bastante exactitud qué decisiones o no decisiones provocan con su decidir”⁸¹. Nos podríamos encontrar con una “anarquía organizada”⁸².

Los sistemas se han vuelto demasiado complejos como para poder dirigir su propia “red de decisión”⁸³. Sólo pueden intentar controlarla. La interacción entre decisiones

que se entrelazan lleva a componer procesos autorreferenciales, imprevisibles, inestables, fluctuantes, de muy difícil orientación que, en el mejor de los casos, acabarán autorregulándose. Lo cierto es que sólo así, y no de manera compacta y uniforme, se puede obtener la elasticidad suficiente para trabajar con la complejidad del mundo contemporáneo.

Vemos, por tanto, cómo cada sistema corre riesgos propios y se esfuerza por delimitarlos y controlarlos, por evitar errores. Por ejemplo el riesgo de inversiones con pérdidas en economía, el riesgo de que lo que se consideraba verdadero resulte ser falso en la ciencia, el riesgo de que una ley sea inconstitucional o un acto jurídico sea declarado nulo. Pero desde la perspectiva general de la sociedad el “control de riesgo interno” que efectúa cada sistema resulta insuficiente⁸⁴. Está *expuesto a los riesgos que proceden de otros sistemas* de su entorno, que repercuten en él y tiene que soportar. Estos son “riesgos imprevisibles”, pues los que quizá son tolerables y están justificados para un sistema pueden tener consecuencias insospechadas en otros. Es difícil saber en qué medida podrá “equilibrarlos con medios propios”⁸⁵.

Y hay algo más. Un sistema puede causar problemas no por su funcionamiento deficiente sino precisamente por sus éxitos. Este es el caso de la ciencia, pues con sus descubrimientos “se puede hacer un gran daño”. Ciertos avances científicos y tecnológicos, combinados con una disposición del sistema político y con un sistema económico presionado por la competencia que quiera rentabilizarlos, pueden producir graves perjuicios. La ciencia “detecta verdades que luego hace circular”.

⁸⁰ ID.; *Organización y decisión*, cit., p. 70.

⁸¹ *Ibidem*, p. 71.

⁸² *Ibidem*, p. 72.

⁸³ Cfr. este término en *ibidem*, p. 52.

⁸⁴ ID.; *La ciencia de la sociedad*, cit., p. 185

⁸⁵ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., pp. 125 y 126.

Esto es un éxito para la ciencia. Pero nos podemos encontrar con que “se vuelve explosivo” para la sociedad “el problema de los daños de la verdad”. Lo que la ciencia pone a nuestra disposición puede originar daños que en la actualidad parezcan poco probables pero que “en el futuro se vuelvan incalculables”⁸⁶.

Ningún sistema funcional está en condiciones de “calcular este aspecto del riesgo” para el conjunto de la sociedad, ni mucho menos de “evitar los riesgos correspondientes”. Las prohibiciones éticas y jurídicas de la investigación sirven para poco. En estas situaciones hay que tener bien presente que “la sociedad ya no puede garantizar una integración anticipada de las operaciones de sus sistemas funcionales”. Es posible que unos sistemas provoquen “riesgos que los otros, o toda la sociedad, ya no pueden soportar”⁸⁷.

Todo ello sucede en una sociedad descentrada, entregada a “una evolución no controlable centralmente”, sin ninguna instancia que la gobierne⁸⁸. En una sociedad diferenciada funcionalmente ningún sistema domina a los demás. Todos efectúan sus prestaciones, pero ninguno puede aspirar a dirigir el conjunto. En contra de lo que todavía suele pensarse, “una sociedad organizada en subsistemas *no dispone de ningún órgano central*”, “es una sociedad *sin vértice ni centro*”⁸⁹. En una “sociedad policontextual” ningún sistema, ni siquiera la política o el derecho, es el centro de control

de la sociedad⁹⁰. ¿Hasta qué punto los riesgos siguen siendo controlables en estas condiciones?

Recordemos, por otra parte, que el riesgo es un modo de observación. Los sistemas se observan a sí mismos, se observan unos a otros, observan sus observaciones. Llega un punto en el que ya no se observa la realidad sino observaciones encabalgadas, interdependientes, que se enredan unas en otras y acaban por constituir una red autorreferente. Y “así de inflado, el mundo es una gigantesca *black box*”. La sociedad se vuelve “intransparente”, en cierto modo “inobservable”, por la práctica de la observación de segundo orden⁹¹. No hay respuestas para saber qué puede hacer la sociedad con la multiplicación de riesgo que todo esto conlleva.

6.- La transmisión de riesgos

Los riesgos se *transportan* de un sistema a otro a la vez que se *transforman*. Los sistemas se provocan entre sí y pretenden deshacerse de sus propios riesgos o posponerlos, haciéndolos repercutir en otros. Los riesgos se trasladan a otras *zonas de inseguridad* (nunca de seguridad), a la espera también de poder afrontarlos mejor. Veamos una trayectoria frecuente que pasa a través de los sistemas político, jurídico y económico.

Es bien sabido que desde todas partes se dirigen exigencias al sistema político para solicitar sus prestaciones, en todo tipo de cuestiones (paro, inflación, salud, ecología, etc.). Este sistema, por más que tenga sus

⁸⁶ ID.; *La ciencia de la sociedad*, cit., pp. 185 y 466.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 185 y 466.

⁸⁸ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 126.

⁸⁹ ID.; *Teoría política en el Estado de Bienestar*, trad. F. Vallespín, Madrid, Alianza, 1993, p. 43.

⁹⁰ ID.; *La ciencia de la sociedad*, cit., p. 468.

⁹¹ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., pp. 283 y 284.

filtros, es muy irritable y “atrae los riesgos de todos los ámbitos de la sociedad”. Puede absorberlos en tanto que “riesgos políticos” o devolverlos a la sociedad⁹². La política está habituada a trabajar con riesgos⁹³. Pero hay una tendencia a “politizar los riesgos, vengan de donde vengan”, por lo que se le plantean “exigencias excesivas”⁹⁴. En el Estado de Bienestar se produce una “sobrecarga del sistema político sobre sí mismo”⁹⁵.

La política no puede permanecer inactiva, o limitarse a debates interminables. Esto no es rentable políticamente y revela incapacidad de gobernar. Se ve presionada a tomar decisiones constantemente, y frecuentemente lo hace de forma impresionista. De este modo el Estado de Bienestar “tiende a amplificar la maquinaria enorme e incontrolable de los riesgos”⁹⁶.

El sistema político, como todos, está cerrado autorreferencialmente y se reproduce a sí mismo. Es política lo que define como política. Selecciona los temas (los riesgos) ante los que va a reaccionar. Tiene que “transformar los riesgos externos en internos” e impondrá su propia lógica en la admisión de los riesgos, en el orden de prioridades, en su posible restricción. Con su “política del riesgo” corre un “riesgo específicamente

político”, dado que su gestión puede tener un impacto negativo en la opinión pública y en los resultados electorales⁹⁷.

Siempre se puede “observar la decisión política como riesgo”, pero es también característico de la política que “es incapaz de presentarse a sí misma como una decisión arriesgada”, pues necesita dar una imagen –tantas veces engañosa– de seguridad, de solvencia, de que controla la situación⁹⁸.

El propio sistema determina cuál es su “carga de riesgo” pero, teniendo en cuenta la presión social y la acción de la oposición, no es probable que se mantenga en el límite de los “riesgos tolerables”⁹⁹. Los riesgos excesivos que asume la política “la mayoría de las veces son entregados al sistema de derecho y con frecuencia pasados por éste a manos del sistema económico”¹⁰⁰.

Pasemos ahora al derecho. El sistema jurídico está acoplado estructuralmente con el sistema político y sus exigencias de hiperjuridificación. Es irritado constantemente desde una política que exige respuestas normativas para el tratamiento de los riesgos. A través de la promulgación de nuevas leyes se buscan también éxitos políticos. Pero el derecho no está simplemente a expensas de lo que quiera la política. Los sistemas “están demasiado determinados por su propia complejidad”, por su capacidad de reacción, sus ritmos y su propia lógica¹⁰¹. La sensibilidad del sistema jurídico es muy distinta de la del sistema político.

⁹² ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 225.

⁹³ Por ejemplo transforma la inseguridad ante el futuro en consenso, Cfr. ID.; *Die Politik der Gesellschaft*, edic. A. Kieserling, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2002, p. 433.

⁹⁴ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 209.

⁹⁵ ID.; *Teoría política en el Estado de Bienestar*, cit., p. 154. Aquí tienen un papel importante los derechos humanos, los “valores fundamentales” que “movilizan la dinámica del Estado de Bienestar” y “en la realidad de la comunicación política simbolizan a la vez buenas intenciones y malas experiencias” (p. 150). Habría que plantear los derechos fundamentales como factor de riesgo, tanto en la política como en el derecho.

⁹⁶ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 193.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 222, 109 y 213.

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 222 y 223.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 214 y 212.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 214.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 216.

Es derecho lo que el derecho establece como tal. El derecho se basa en el derecho y se cambia con derecho. Siempre hay que manejar la propia autorreferencia¹⁰². Pero “al transmitir el sistema político su propia sensibilidad para cuestiones de riesgo al sistema de derecho, éste entra bajo una presión de deformación”¹⁰³.

Al desplazar sus riesgos al derecho el sistema político intenta “despolitizar el problema y transferirlo a otro contexto sistémico”. Con esta maniobra “el sistema político tiene que correr un riesgo jurídico”. Lo políticamente posible no siempre es jurídicamente defendible. Por ejemplo la política se arriesga a que lo que ha planteado políticamente e impulsado jurídicamente sea declarado inconstitucional. Esto tendrá un coste político, pero podrá alegar que “se intentó encontrar una salida políticamente razonable”. En situaciones de cierta complejidad la política no puede evitar exponerse a un riesgo jurídico pues “las decisiones jurídicas son imprevisibles”¹⁰⁴.

Como reconoce Luhmann, “muchos caminos de la transmisión de riesgos finalmente desembocan en el sistema económico”. Al final lo que hay que hacer es pagar y por eso este sistema se convierte en el “último punto de concentración para los riesgos que acuden en masa de todas partes”. De la economía depende la capacidad de pago, con el riesgo específicamente económico de

que no se pueda pagar, el “riesgo de insolvencia”¹⁰⁵. La economía es, junto con la tecnología, el factor más importante de producción de riesgos en la sociedad moderna¹⁰⁶.

En el actual desarrollo del sistema económico la posición decisiva ya no la tiene la industria sino la banca. Precisamente “la transformación del riesgo es el verdadero negocio de los bancos”. Con ellos la economía obtiene “la posibilidad de observarse a sí misma bajo el aspecto del riesgo”, y pone en práctica “una forma altamente especializada de la autoobservación”¹⁰⁷.

La economía opera con una dinámica de observación de observaciones, con la observación de segundo orden, que puede acabar por perder la referencia en la realidad. En el sistema financiero “el análisis directo de la situación de riesgo es sustituido por una observación de otros observadores”, que se condicionan recíprocamente. Esto lleva a un efecto multiplicador con el resultado de un “aumento en la disposición al riesgo” y un incremento del “riesgo total”¹⁰⁸.

El riesgo propio depende del riesgo que asumen los demás, que a su vez depende de cómo se ven observados por otros. Los agentes económicos no se orientan tanto por sus propios resultados como por los pronósticos que hacen otros. Con este proceder “el riesgo económico se vuelve autorreferencial”. La consecuencia es que el sistema se vuelve más complejo y “pierde transparencia”¹⁰⁹.

¹⁰² Como se ve en ID.; *El derecho de la sociedad*, cit., el derecho remite siempre a sí mismo. Los caminos del derecho “parten del derecho y regresan al derecho” (p. 153). Está operando con “la tautología ‘derecho es derecho’” (p. 226). La praxis jurídica puede describirse como “tautología: derecho es lo que el derecho denomina derecho” (p. 262).

¹⁰³ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 217.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 220.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 221, 225 y 234.

¹⁰⁶ Cfr. ID.; *La ciencia de la sociedad*, cit., p. 183.

¹⁰⁷ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., pp. 232 y 234.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 229 y 230.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 234 y 229.

No cabe duda de que “hay motivos para considerar como peligrosa la tendencia a descargar todos los riesgos finalmente en la economía y dejarlos desaparecer detrás del velo del dinero”. La posibilidad de crisis económicas graves no debe subestimarse. Podemos encontrarnos con una “acumulación de efectos imprevisibles”, con el traspaso de los límites tolerables por el sistema, con “irreversibilidades que se dan de repente” y “catástrofes que ya no se pueden controlar”. Es algo semejante a lo que puede ocurrir con los riesgos ecológicos, con la diferencia de que los económicos “repercuten de una manera más rápida en la vida social”¹¹⁰.

7.- La descripción del futuro

El riesgo trabaja con el tiempo en la medida en que se refiere a posibles daños futuros. Es “una forma de trato con el tiempo”, más concretamente “una forma de descripción presente del futuro”, una forma de anticipación¹¹¹. Y en la sociedad contemporánea “el futuro aparece como un riesgo”¹¹². No como destino ni como providencia, no como promesa ni como utopía, sino como riesgo.

El horizonte de futuro en el que nuestra sociedad realiza sus operaciones no incluye certezas. Tenemos claro que “no se puede conocer el futuro (de lo contrario no sería futuro)” y que, puestos a observarlo, “el

futuro sólo puede ser percibido en el medio de la probabilidad”, con el esquema de lo probable-improbable¹¹³. Este es un esquema “sensible a las decisiones”, a decisiones que “se esfuerzan por transformar lo probable en improbable o viceversa”¹¹⁴. No es casual que en nuestro mundo el futuro dependa cada vez más de decisiones presentes, o así queremos creerlo, del mismo modo que tendemos a considerar muchas de las dificultades y carencias del presente como cargas imputables a decisiones del pasado, o a decisiones que en su día no se tomaron¹¹⁵.

A través de la “forma ficticia” probable-improbable, que jamás se dará cuando el futuro se convierta en presente y en la que “cualquier medición es ficticia”, se crea “un espacio para determinaciones presentes” y para comunicaciones sobre estas determinaciones, quizá para consensos. El riesgo, en su dimensión temporal, es “una forma para la formación de formas en el medio de lo probable-improbable”¹¹⁶.

Si, como estamos viendo, la dimensión del futuro no es la de lo cierto sino la de lo más o menos probable, “en el presente sólo se pueden formar opiniones al respecto”. Tan sólo opiniones, aunque puedan ser mejor o peor fundadas. Esto implica que todas las controversias que versan o se apoyan en estimaciones sobre el futuro tienen carácter de “retórica”¹¹⁷. Es decir, son esfuerzos de persuasión, de influencia mutua, pero nunca asunto de conocimiento. El horizonte de fondo de la problemática del riesgo no es científico sino retórico. Detrás de todo lo que hagamos y digamos en este tema hay una *retórica del riesgo*.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 237.

¹¹¹ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 95; *Observaciones de la modernidad*, cit., p. 133.

¹¹² ID.; *El derecho de la sociedad*, cit., p. 629. Cfr. también *Observaciones de la modernidad*, cit., p. 132.

¹¹³ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 92.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 271.

¹¹⁵ Cfr. *ibidem*, p. 196.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 116.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 268.

Gracias a la forma riesgo “se aprovecha la indeterminación del futuro, es más, la propia ignorancia”, y “al aceptar riesgos se ganan oportunidades que, en otro caso, se escaparían”¹¹⁸. *Descubrir riesgos es descubrir oportunidades*. No es que el futuro se haga predecible, ni tampoco controlable; simplemente se incorpora a nuestras operaciones en la confianza de aprovecharlo mejor, hacerlo más manejable y más soportable.

Hemos tratado de la atribución como un dispositivo contingente. El mismo riesgo es un “esquema de contingencia”¹¹⁹. Sólo se puede plantear en un sistema social (y por tanto en un derecho) que se conciba a sí mismo en el modo de la contingencia. La contingencia es precisamente uno de los rasgos más característicos de nuestra sociedad¹²⁰. En el mundo contemporáneo pensamos que todo puede ser de otra manera, lo que implica una conciencia extrema de la *posibilidad* y de la *otredad* o alteridad.

Debido a la propia evolución de la sociedad “hoy tenemos que vivir con perspectivas de futuro extremadamente inciertas”. En definitiva “del futuro ahora sólo se puede saber que será distinto del pasado”¹²¹. El pensamiento del riesgo implica un esfuerzo por descubrir posibilidades, que serán siempre *otras posibilidades*. No se trata de

asegurar el futuro, que nos cogerá siempre por sorpresa, sino de innovar. No es un esfuerzo por la repetición de lo que ya somos y tenemos, sino por la novedad. Por eso el pensamiento del riesgo, así entendido, *apunta hacia una teoría de la creatividad*. Luhmann nos deja a las puertas de una *poética* del riesgo.

8.- El derecho en riesgo

Se puede presentar la trayectoria del derecho moderno como una historia de riesgos. La adaptación del derecho a una creciente complejidad social ha llevado a su completa positivación, a un derecho extraordinariamente abierto a los cambios, basado en parámetros variables, al margen de todo iusnaturalismo. Y “los riesgos que acepta una sociedad con la positivación de su derecho son indiscutiblemente grandes”¹²².

El aumento de los riesgos no es algo específicamente jurídico. Lo mismo se puede decir de todos los logros evolutivos de la estructura social que la dotan de mayor capacidad de adaptación, como es el caso de la democracia, la economía de mercado, la libre investigación científica o el amor como pasión. En el ámbito que nos ocupa el “carácter arriesgado (*Riskiertheit*)” de su estructura deriva de “la *institucionalización de la plena discrecionalidad de las transformaciones del derecho*”, de un derecho que siempre podría ser de otra manera¹²³.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 115.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 60. Junto con la complejidad, la contingencia es uno de los rasgos del mundo. Las cosas pueden “suceder de modo distinto a lo que se espera”, por lo que “contingencia significa en la práctica peligro de decepción y necesidad de aceptar riesgos”, ID.; *Rechtssoziologie*, cit., p. 31.

¹²⁰ Cfr. ID.; *Observaciones de la modernidad*, cit., pp. 87 y

ss.

¹²¹ *Ibidem*, pp. 122 y 47.

¹²² ID.; “Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft”, en ID.; *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, cit., p. 143.

¹²³ *Ibidem*, pp. 143-144.

Derecho positivo significa que “el derecho sólo admite el derecho variable”, revisable. Sólo así proporciona grandes posibilidades de estructuración a la sociedad. El derecho desarrolla “redes de seguridad”, pero siempre relativas, de modo que “se pueden admitir nuevas inseguridades que preconditionen la seguridad”. La seguridad del derecho (o su modo de absorber riesgo) se basa en un fondo de inseguridad. En su función de “absorción de inseguridad” el sistema asume “la inseguridad de lo no plenamente decidido”¹²⁴.

Pero no sólo hay que tener en cuenta “*el inmenso incremento de los riesgos* que está conectado con la positivación del derecho”. El surgimiento del Estado moderno, de un poder soberano y absoluto, implicó unos riesgos impresionantes, ante los que se ha reaccionado con el Estado de Derecho, con un juego (a su vez arriesgado) de límites y garantías. Y diversas instituciones jurídicas vinculadas con la modernidad (como la libertad contractual o la personalidad jurídica de organizaciones económicas) son también factores de riesgo, para los que el mismo derecho busca controles y contrapesos. Sin embargo “los riesgos y los problemas que son consecuencia de la positivación del derecho no se abordan completamente con todo esto, ni intelectual ni institucionalmente”, aparte de que “los riesgos de la nueva estructura jurídica positiva no se dejan capturar sólo en el derecho mismo”¹²⁵.

Al derecho no le es posible proporcionar una seguridad suficiente para orientar en un contexto de enormes inseguridades,

teniendo además en cuenta que “con los más recientes desarrollos de la sociedad y del derecho aumentan estas inseguridades y cambian su forma”. Ya no hay que pensar tanto en el infractor, en el delincuente que nos amenaza, puesto que “los peligros vienen ahora en gran medida del derecho mismo”, de acciones realizadas al amparo de la legalidad¹²⁶. Los tradicionales problemas de seguridad ciudadana pueden ser bien poca cosa comparados con los daños que pueden venir ocasionados por la quiebra de un banco, el despido del puesto de trabajo, la revisión de un plan urbanístico o el ejercicio del derecho de huelga.

Por eso “el problema de la seguridad tiene que ser redefinido y valorado de nuevo a la vista de tales amenazas jurídicamente permitidas (*rechtlich erlaubter Bedrohungen*)”. Y estando así las cosas “ya no se trata ahora de seguridad ante el comportamiento antijurídico (*rechtswidriges Handeln*), de tutela jurídica (*Rechtsschutz*), sino de seguridad ante la actividad jurídica (*rechtmässiges Handeln*) y con ello de disposiciones complicadas y contradictorias en el mismo derecho, que exigen continuas políticas jurídicas de supervisión y adaptación”¹²⁷.

Por otra parte hay un tratamiento jurídico del riesgo cada vez más amplio e intenso, ligado a la exigencia de prevención y a la responsabilidad por daños. Esto es consecuencia de una “preocupación creciente” por todo “lo que respecta al futuro” y a “la conducta arriesgada de los otros”¹²⁸. En la medida en que se asiste a un desplazamiento de la responsabilidad subjetiva a la responsabilidad objetiva las cuestiones del riesgo aparecen en un primer

¹²⁴ ID.; *Sistemas sociales*, cit., pp. 295 y 298.

¹²⁵ ID.; *Rechtssoziologie*, cit., pp. 252 y 253.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 253.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 253-254.

¹²⁸ ID.; *El derecho de la sociedad*, cit., p. 559.

plano jurídico. Y la posibilidad de exigir responsabilidad por daños surgidos en la actividad normal de la Administración arroja sobre el derecho un riesgo universal, en un Estado que interviene en tantos aspectos de la vida.

En ciertos sectores el derecho se ve presionado socialmente a afrontar esta temática, debido por ejemplo a “la conciencia cada vez mayor del riesgo dentro del ámbito de protección del trabajador y del consumidor”. Y experimenta “la dificultad de dotar de forma jurídica a los problemas de riesgo”¹²⁹. Se esfuerza por diseñar técnicas eficaces de prevención y reparación y padece una sobrecarga de riesgos, que intenta delimitar ante el riesgo de asumir responsabilidades excesivas. Todo ello tiene que ver con la dinámica que ya se ha examinado de transformación de peligros en riesgos.

Pero es preciso dar un paso más y plantear “el *riesgo propio del derecho*”. Porque “el derecho está obligado a reflexionar sobre su propio riesgo”, lo que quiere decir que “está obligado a observarse y a describirse como algo arriesgado”, como ocurre con los demás sistemas sociales¹³⁰.

Sin embargo, “al presente, el sistema jurídico padece la ausencia de una conciencia de riesgo”. Por razones estructurales el derecho “se encuentra impedido para dar expresión adecuada al riesgo propio”. Los textos en los que se plasman las decisiones jurídicas no ofrecen “ninguna oportunidad de expresar

inseguridad y una conciencia de riesgo”. De modo que “el sistema jurídico asume riesgos para cuya estimación no dispone ni de métodos, ni de procedimientos”¹³¹.

Legislar es asumir riesgos, tomar una decisión jurídica es arriesgarse. Pero el derecho no puede procesar jurídicamente estos riesgos. Como sistema autopoietico el derecho se crea y se modifica con derecho. Las normas se basan en normas y las decisiones son consecuencia de las normas. Hay una normatividad circulante en permanente actividad, pero *la normatividad misma es indiferente al riesgo*.

Las normas son formas de fijación temporal. Proyectan y fijan el futuro, lo determinan de antemano, aunque corren el riesgo de que no se cumplan y por eso se refuerzan con sanciones. En su obstinación de deber ser frente a lo que de hecho sea “la propia norma se presupone como estructura libre de riesgos” y, “mientras sea válida, no constituye ningún riesgo orientarse por ella”¹³².

La norma no se arriesga: mientras no se derogue seguirá siendo válida, aunque no se cumpla, aunque esté mal planteada y sus consecuencias sean desastrosas. Se afirmará frente a las infracciones. El futuro, que se empeña en determinar, no constituye para ella ninguna amenaza. La decisión jurídica no se basa en cómo será el futuro sino en cómo es el derecho¹³³.

¹³¹ ID.; *El derecho de la sociedad*, cit., pp. 640 y 641.

¹³² ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 99.

¹³³ No obstante ahí está el problema de los “costes sociales” del derecho. Cfr. ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 101, y *El derecho de la sociedad*, cit., p. 639. La estricta lógica normativa permanece ciega para esta temática. No puede registrar como jurídicamente relevantes los resultados de su impacto en la sociedad, que sin embargo le pueden poner en cuestión. Y esto es un riesgo para el derecho.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 151 y 78.

¹³⁰ *Ibidem*, pp. 636, 638 y 637. Por el contrario, la apelación al derecho natural es una estrategia de encubrimiento del riesgo del derecho, cfr. ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 102, nota 12.

No sólo la norma, también el riesgo –ya lo hemos visto– es un modo de fijación temporal. Pero lo es de forma muy distinta. No se trata de determinar desde ahora cómo habrá que actuar en el futuro. Las situaciones de riesgo no son situaciones de carácter normativo. Está claro que “no se puede cometer una infracción contra los riesgos”. En consecuencia “no podemos esperar que los problemas de riesgo, en cuanto problemas de fijación temporal, puedan resolverse en formas jurídicas adecuadas”¹³⁴. El riesgo (futuro amenazador) no se puede afrontar de forma normativa (futuro prefijado) porque riesgo y derecho ponen en juego experiencias del tiempo incompatibles.

El derecho maneja programas condicionales. Su estructura es hipotética: “si esto, entonces esto”. Si se da el supuesto de hecho se producirá la consecuencia jurídica. Este es el mecanismo, incluso el mecanicismo, del derecho. La programación jurídica no tiene “la función de arriesgarse (*die Funktion des Riskierens*)”, es decir de “realizar oportunidades que sólo son accesibles bajo la adopción de un riesgo”¹³⁵. La lógica normativa no plantea cómo se pueden aprovechar oportunidades para conseguir determinados objetivos, aunque para ello haya que correr riesgos y exponerse a daños futuros (otra cosa es la práctica del derecho, la utilización estratégica de la lógica normativa de acuerdo con ciertos fines).

Por sí misma la lógica jurídica, en sus encadenamientos normativos, en el juego de

sus silogismos, en sus operaciones de subsunción, no es *risk management*. Al menos en un planteamiento clásico, axiomático-deductivo. Aunque otra cosa habría que decir de la interpretación jurídica y de la aplicación del derecho, de la *lógica* que gobierna la lógica jurídica (marcada por posiciones previas, por fines a conseguir, por el objetivo de obtener una resolución favorable). Sin duda quien acude a los tribunales corre el riesgo de que sus pretensiones sean rechazadas, pero esto no es un riesgo para el propio sistema jurídico. Los operadores jurídicos corren riesgos personales que no afectan al sistema.

El conceptualismo jurídico es ajeno al riesgo porque actúa por principios y se desentiende de las consecuencias. La ley es la ley, y todo lo demás no importa jurídicamente. Parafraseando el lema clásico podríamos decir *fiat lex, pereat mundus*: que la ley se cumpla aunque el mundo se venga abajo. Pero ya se sabe que un derecho que sólo se mueve en línea de principio y permanece ciego a sus resultados puede quedar desacreditado. Cuando se da la espalda a la realidad y se vive en el cielo de los conceptos se asume un riesgo considerable.

El mundo jurídico no es autista. El derecho no es un sistema cerrado, sino también abierto a su entorno. Cada una de sus operaciones reproduce y recrea la diferencia sistema-entorno. Pero no obstante la normatividad es un circuito cerrado y la validez jurídica es indiferente al riesgo (no tiene en cuenta las consecuencias que se producen en el terreno de los hechos).

Surge entonces la pregunta de si no se debería plantear una racionalidad jurídica orientada a las consecuencias, de si es posible hacerlo y en qué medida. Esta es una cuestión que venía preocupando a Luhmann desde muy pronto, cuando aún no

¹³⁴ ID.; *Sociología del riesgo*, cit., p. 103.

¹³⁵ ID.; *El derecho de la sociedad*, cit., pp. 262 y 258 (traducción modificada a la vista del original alemán p. 199).

planteaba su pensamiento como teoría de sistemas autopoieticos y todavía se apoyaba en el esquema input-output.

La jurisprudencia de conceptos se caracteriza por una “indiferencia” con respecto a las consecuencias de las decisiones. Se rige exclusivamente por abstracciones, por principios, por reglas, por todo lo que constituye las premisas de la decisión, y se desentiende de los efectos que produce. Para el conceptualismo el “centro de gravedad” por el que se orienta el sistema está en “la frontera del input”, en el horizonte del pasado¹³⁶.

Pero desde hace más de cien años se está produciendo “una rebelión en contra de esta orientación fundamental”, consistente en “un intento de cambio de orientación de la frontera del input hacia la frontera del output”¹³⁷. En esto ha tenido mucho que ver la jurisprudencia de intereses, el realismo jurídico, el método de interpretación teleológico, la preocupación por la efectividad, las perspectivas sociológicas, el análisis económico del derecho y también la búsqueda de un jurista comprometido social y políticamente. Son reacciones ante los resultados inaceptables que pueden derivarse del formalismo conceptual.

Este desplazamiento, con el consiguiente giro hacia el horizonte del futuro, implica la pretensión de integrar las consecuencias en la propia racionalidad jurídica, que se dirige así a la producción de determinados efectos. Para los planteamientos antiformalistas “se

debe enderezar el sistema jurídico hacia sus consecuencias y ha de ser controlado a su vez por sus consecuencias”. El derecho se justificará no por sus presupuestos sino por sus resultados. Habrá que pasar de lo abstracto a lo concreto. Y habrá que preguntarse hasta qué punto es posible “una dogmática anticipatoria, de política jurídica y con miras al futuro”¹³⁸.

Es poco fiable orientarse por la expectativa de ciertas consecuencias. Piénsese en “las generales dificultades de la previsión de consecuencias y de su control planificado en situaciones complejas”. Son frecuentes las “situaciones en las que resulta más probable que acaezca lo contrario de lo deseado y esperado”. Nos encontraremos con “consecuencias colaterales”, con “consecuencias de consecuencias”, con “consecuencias agregadas de múltiples decisiones”. Se impone una “selección de las consecuencias” para poder valorar. De modo que “las consecuencias son siempre aspectos artificialmente aislados de una realidad futura”¹³⁹.

Para la búsqueda de determinadas consecuencias no sirve la dogmática clásica. Habría que forzarla, distorsionarla, con la interferencia de criterios que no son los suyos. Pero “los artificios de la construcción jurídica dependen de que no se les exija demasiado”. No puede ignorarse “el peligro” de que el derecho “abandone su autogobierno dogmático” y se provoque una “desdiferenciación”. Es preocupante la emergencia de criterios “de procedencia extrajurídica y de contenido dogmáticamente no especificable”, de relaciones que “no sean dogmatizables”. La orientación a las consecuencias “descompone los instrumentos de clasificación” del

¹³⁶ ID.; *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. I. de Otto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 48. El original alemán es de 1974.

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 54 y 55.

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 55 y 104.

¹³⁹ *Ibidem*, pp. 68 y 69.

pensamiento jurídico y “los conceptos habrán de relativizarse”. La atención a “las condiciones de eficacia en cada caso” aboca además a “violaciones del principio de igualdad” (y por lo tanto de cierta noción de justicia), a una disparidad de criterios que compromete la coherencia del derecho¹⁴⁰.

Con este modo de proceder “el sistema es confrontado con la presencia de un futuro abierto”, de contornos muy borrosos. No será fácil trabajar con “el tejido, incontrolablemente complejo, de consecuencias y consecuencias de las consecuencias”, que “hacen rápidamente invisible el futuro”¹⁴¹.

Sin embargo “la orientación por las consecuencias es el principio casi exclusivamente aceptado de justificación de decisiones en la actualidad” y “toca más o menos todo el derecho”¹⁴². Nadie se conforma con que la decisión sea correcta desde un punto de vista normativo y se pretende además que sus efectos sean aceptables. El derecho se ve presionado a representarse el futuro y a tener en cuenta su impacto social.

Esto implica “la introducción de la problemática del riesgo” en la propia programación jurídica, en su misma racionalidad, con la consecuencia inevitable de que el derecho “se ve rebasado por la representación jurídica del futuro”. Que “se exija al derecho la adopción y el procesamiento de los riesgos que rebasen la forma de la normatividad” conduce a “una justificación paradójica del derecho”. La

decisión puede ser jurídicamente válida pero puede ser errónea a la vista de sus consecuencias. Con la orientación por los resultados el derecho asume un riesgo en su propio modo de trabajar que le desborda. Se produce una “*deformación*” de su lógica, que puede volverse ingobernable¹⁴³.

De hecho siempre interviene la apreciación de las consecuencias, y por consiguiente el riesgo de la decisión, aunque de modo lateral, no explícito. En la medida en que la decisión jurídica ofrece un margen de apreciación y distintas alternativas, en la medida en que la interpretación se mueve en una textura abierta, el derecho se orienta con una imagen del futuro que está construyendo. Aquí influyen consideraciones sobre el riesgo que se asume, aunque no se confiesen ni puedan figurar como jurídicamente relevantes. En definitiva, el mismo Luhmann reconoce que, en un modelo de input-output, “ningún sistema puede descuidar totalmente una u otra de las fronteras”. Y las diversas propuestas a favor de tener en cuenta las consecuencias “contienen algunas funciones correctoras importantes” del formalismo jurídico¹⁴⁴.

La historia del pensamiento jurídico desde las corrientes antiformalistas puede verse como la historia de los esfuerzos por plantear una racionalidad jurídica consciente de sus propios riesgos y capaz de afrontarlos. Pero con este empeño el derecho asume un riesgo considerable, al proponerse una tarea que no puede afrontar con su lógica normativa y que distorsiona o rompe sus construcciones. Es una tarea *a la vez imposible y necesaria*, que incita a buscar nuevas categorías y formulaciones, técnicas diferentes de reducción de complejidad. Habría que concebir el pensamiento jurídico

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 72, 90, 75, 76, 56 y 74.

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 72 y 77.

¹⁴² ID.; *Sociología del riesgo*, cit., pp. 103 y 104.

¹⁴³ *Ibidem*, pp. 105, 104 y 217.

¹⁴⁴ ID.; *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, cit., p. 76.

como una forma de riesgo y desarrollar “una dogmática de nuevo estilo”¹⁴⁵. Para ello hace falta una imaginación jurídica que aún no hemos desarrollado.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 67.

